

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VIVIANE LEMES DA ROSA

**APLICAÇÕES DA TEORIA DA RACIONALIDADE LIMITADA ÀS DECISÕES
ESTRUTURAIS**

CURITIBA

2019

VIVIANE LEMES DA ROSA

**APLICAÇÕES DA TEORIA DA RACIONALIDADE LIMITADA ÀS DECISÕES
ESTRUTURAIS**

Artigo apresentado como requisito parcial à conclusão do Curso de MBA em Gestão Estratégica, do Setor de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Simone Cristina Ramos

CURITIBA

2019

Aplicações da teoria da racionalidade limitada às decisões estruturais

Viviane Lemes da Rosa

RESUMO

Em todos os ramos do conhecimento, tem-se estudado os fatores que influenciam a tomada de decisão dos seres humanos. Na Administração, a teoria da racionalidade clássica foi ultrapassada pela teoria da racionalidade limitada desenvolvida por Herbert A. Simon, que pressupõe que, nas organizações, não se decide apenas com base na racionalidade. No Direito, os processos estruturais impõem decisões difíceis e complexas ao juiz; ao proferir decisões estruturais, o juiz precisa decidir com imparcialidade, mas nem por isso é neutro. O objetivo deste estudo é avaliar as aplicações da teoria da racionalidade limitada à tomada de decisão em processos judiciais estruturais. Este estudo tem finalidade teórica e aplicada, natureza qualitativa, temporalidade de pesquisa com aproximação longitudinal, coleta de dados por análise documental e a estratégia de pesquisa envolve o levantamento de dados pelo estudo de documentos secundários. O resultado da pesquisa consiste na conclusão que, ainda que decida com base nas normas e fundamento o posicionamento adotado de forma juridicamente aceitável, a racionalidade do juiz é limitada e ele é influenciado por inúmeros fatores que podem passar despercebidos ou, se percebidos, podem tornar algumas decisões previsíveis.

Palavras-chave: Processo decisório. Racionalidade. Decisões judiciais estruturais.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do processo decisório judicial e do processo decisório das organizações, possibilita a identificação de três pontos de semelhança ou convergência. Em primeiro lugar, assim como na administração estuda-se as formas e processos para tomada de decisões dentro da organização, no direito estuda-se as formas e processos para a tomada de decisão do juiz – seu raciocínio lógico e argumentação jurídica –, quando julga litígios submetidos à sua jurisdição.

Em segundo lugar, para além dos litígios normalmente submetidos ao Judiciário, existe uma modalidade de processo judicial que exige um raciocínio diferenciado do juiz: os processos judiciais estruturais, nos quais, para efetivar os direitos envolvidos na lide, o juiz se obriga a tomar decisões que demandam uma

postura mais ativa e, por conseguinte, muitas vezes se insere no campo de atuação de um gestor.

Isso acontece muito comumente em processos que envolvem políticas públicas, de modo que há um ponto de aproximação entre a administração pública e uma organização privada: ao tomar decisões de gerência e administração sobre a coisa pública – para garantir que os jurisdicionados recebam prestações estatais, em razão da concretização de direitos fundamentais – o juiz atua como um administrador de pessoas jurídicas de direito público, tal como o gestor ocupante de cargo na administração pública.

Considerando a probabilidade de atuação do juiz “como gestor público” em processos estruturais e tendo em vista que tal tarefa deve ser desempenhada excepcionalmente e em casos complexos, é relevante delinear que elementos perpassam a linha de raciocínio dos juízes ao proferirem decisões estruturais. Neste ponto, acredita-se que a teoria da decisão racional pode contribuir para esclarecer alguns pontos a respeito da tomada de decisões em processos estruturais.

Este estudo é importante pois a maioria da doutrina jurídica brasileira não tem se debruçado sobre os fatores que influenciam o processo decisório estrutural. Muito se diz sobre a necessidade de argumentações lógico-jurídicas e análises de custos antes da prolação da decisão judicial, mas não há estudos a respeito da racionalidade limitada do juiz.

Neste sentido, o objetivo do presente artigo é compreender de que formas a teoria da racionalidade limitada aplica-se à tomada de decisão em processos judiciais estruturais. Caso importante nesse sentido é a Ação Civil Pública nº 0900368-13.2014.8.24.0078, que também será analisado à luz de referida teoria.

2 REVISÃO DE LITERATURA

Para que seja possível avaliar de que modos a teoria da racionalidade limitada aplica-se às decisões estruturais, é necessário estudar, primeiramente, o modelo racional de tomada da decisão. Após a compreensão desta teoria, importa averiguar o que é um processo estrutural e quais as suas especificidades e nuances.

2.1 O MODELO RACIONAL DE DECISÃO

Decisões são tomadas o tempo todo nas organizações, tanto a nível operacional quanto a nível estratégico. Tais decisões comumente refletem na viabilidade e/ou no sucesso da empresa. Há muito tempo, há quem se dedique a estudar como, porquê e quando uma decisão deve ser tomada, qual é ela e de que formas pode-se chegar a essa conclusão.

Estuda-se qual a melhor decisão possível para uma organização ou, ao menos, qual a decisão mais indicada em determinado cenário. Nesse sentido, o processo decisório em uma organização pode ser entendido como o procedimento por meio do qual o gestor chega a uma decisão a respeito de um assunto relacionado à organização. Trata-se do processo para a tomada de decisão.

Vários meios e parâmetros pautam o processo decisório: há diferentes lentes com as quais pode-se observar uma paisagem, e, dependendo de qual delas se escolhe, os resultados serão diversos – mas não necessariamente ruins. O processo decisório pode ser pautado por diferentes métodos, parâmetros e ferramentas que, por sua vez, podem trazer resultados diferentes, pois podem levar o gestor à tomada de decisões diferentes.

Assim, há múltiplas teorias do processo decisório, teorias a respeito da tomada de decisões nas organizações. Dentre elas, cite-se aqui as teorias da racionalidade clássica e da racionalidade limitada (*bounded rationality*).¹

A teoria da racionalidade clássica propõe a possibilidade de identificar previamente as decisões ótimas se o decisor for puramente racional; se o gestor tem objetivos claros, informações completas e decide racionalmente, pode chegar à melhor decisão possível. Ribeiro (2015) critica a racionalidade clássica pela “falta de reconhecimento dos aspectos que envolvem motivação, conflitos de interesses na organização, limitações humanas, cognição e decisão. Havendo ainda pouco destaque para as questões que envolvem planejamento e inovação”.

¹ Os estudos a respeito do processo decisório persistem atualmente. Há várias teorias e inúmeros autores que se debruçam sobre o tema, tais como Mueller, Mone e Barker, Tomei e Serra, Ramos-Garza, Bisseling e Sobral, Bogner e Barr, Cooper e Warren, Michell, Shepherd e Sharfman, Bourgeois, Eisenhardt e Zbaracki, Hambrick e Mason, Robert Jackall, Daniel Kahnemann, Galema, Lensink e Mersland, Klein, Adams e Funk, Cohen e Olsen, Isenberg, Vergara, Cyert e March. Inclusive, não se desconhece a dicotomia existente na doutrina entre a visão racional e intuitiva, bem como a nova perspectiva de integração dessas duas correntes. Apesar disso, devido à impossibilidade de esgotamento do tema, o presente estudo debruçar-se-á principalmente sobre a teoria da racionalidade limitada e de que formas pode contribuir com os processos estruturais.

Desafiando a lógica da racionalidade clássica, surgiu a teoria da racionalidade limitada com a obra de Herbert A. Simon em 1945. Para Simon, a racionalidade dos decisores é limitada pela imperfeição do conhecimento, pela dificuldade de antecipação de consequências e pelo conhecimento limitado das possibilidades de ação. Simon reconhece que o decisor não possui todas as informações necessárias, não tem um conhecimento geral, amplo e irrestrito e não consegue antecipar todas as consequências de seu ato (RAMOS, 2015, p. 24).

O autor sustenta que o conhecimento perfeito é inatingível e que a racionalidade completa é limitada pela ausência de conhecimento: não se pode antecipar todas as consequências das decisões, há imponderáveis alternativas e é impossível avaliar se uma decisão foi correta fora do contexto em que foi tomada (dificuldade em avaliar as decisões) (RAMOS, 2015, p. 24). A decisão “ótima” é uma ficção, pois o ser humano não tem acesso a todas as informações antes de decidir e é influenciado por jogos de poder e pressões afetivas e culturais.

Não há uma única resposta correta, determinada pela racionalidade, mas apenas métodos e instrumentos para ampliar a racionalidade do decisor. Para o autor, (i) a otimização é substituída pela satisfação; (ii) as possibilidades de ação/consequência são descobertas de maneira sequencial; (iii) os diferentes programas de ação são relativamente independentes entre si (BENAKOUCHE, 2010, p. 147).

Inexiste uma fórmula infalível para a resposta certa. O processo decisório não é certo e determinado, não é um cálculo matemático que gera uma única alternativa. É um processo permeado por subjetividade: há múltiplas decisões possíveis dependendo da forma como se decide e de todos os fatores que influenciam essa decisão.

Cyert e March entendem que as organizações não têm objetivos, pois são formadas por uma coalizão de indivíduos. Os decisores individuais são regidos por racionalidades locais e pautados por suas concepções a respeito da organização, buscando atingir suas aspirações por meio da empresa. A tomada de decisão é pautada pelos interesses e objetivos dos atores, de modo que o processo decisório contém as seguintes etapas: (i) comparação de informações sobre o meio e os objetivos do staff; (ii) divisão em subproblemas; (iii) tratamento conforme competência institucional e técnica das divisões; e (iv) solução global satisfatória,

advinda das soluções parciais das divisões interessadas, que exsurge dos interesses dos blocos no poder (BENAKOUCHE, 2010, p. 148-149).

Partindo das contribuições de Cyert e March, Benakouche (2010, p. 165) afirma que a decisão é tomada após uma atividade de construção baseada nas decisões anteriores (incrementalismo), dentro de um campo de lutas simbólicas, econômicas, técnicas e socioeconômicas pelos atores – que é a empresa.

Alguns autores propõem um método para a tomada de decisão. Nesse sentido, Abraham Sin Oih Yu e Willy Hoppe de Sousa (2012, p. 15) estudam as metas-decisões: as decisões sobre o próprio processo decisório, como planejar e alocar recursos para chegar a uma solução – “como escolher o que fazer, com quem e quando”. O objetivo do decisor deve ser otimizar o processo decisório, gerando decisões de melhor qualidade com menor prazo e o mínimo de recursos possíveis, e isso não é possível sem investigar as meta-decisões (YU e SOUSA, 2012, p. 2).

Os autores listam as atividades-chave do decisor no processo de tomada da decisão, pontuando algumas etapas a serem cumpridas. Primeiramente, ele deve diagnosticar, conhecer, sentir o contexto dentro do qual a decisão deve ser tomada (qual a oportunidade ou problema decisório). Neste ponto, avaliará o prazo para a tomada da decisão e os limites estabelecidos pelo ambiente organizacional.

Então, identificará o nível de conhecimento da organização a respeito do problema meta-decisório, o problema sobre como decidir. Com base nisso, poderá planejar e selecionar as estratégias meta-decisórias, ou seja, definir quais estratégias adotar para a tomada de decisão, o que fará por meio da definição de (i) opções de encaminhamentos decisórios; (ii) estratégias delineadoras; (iii) objetivos da meta-decisão; (iv) estratégias participativas; (v) formalização do processo; (vi) combinação das meta-decisões e (vii) como alocar recursos, comunicar-se e trabalhar.

Por fim, colocará em prática as estratégias delineadas, transformando em ação o planejamento feito. Isso “envolve a seleção e execução de táticas (conceitos e ferramentas) para cada elemento de decisão”, pois o gestor necessita “acompanhar a evolução dos eventos de modo tal que eventos não esperados, tais como resistências e novos acontecimentos externos à organização, possam ser avaliados e as medidas sejam tomadas ‘em tempo real’ para ajustar o processo decisório” (YU e SOUSA, 2012, p. 15).

Na obra “*Organizations*”, escrita em 1958, March e Simon explicam que o ser humano é racionalmente limitado, de modo que, mesmo quando é levado a tomar decisões extremamente racionais, sua capacidade cognitiva possui restrições. Os autores inserem a noção do elemento subjetivo na tomada de decisão, reconhecendo que esta é influenciada pela forma como as pessoas processam e interpretam informações. A partir disso, propõem cinco fases ao processo decisório: (i) identificação do problema; (ii) levantamento de informações; (iii) elaboração de cursos de ação; (iv) análise de todas as opções/alternativas e (v) tomada da decisão (RIBEIRO, 2015, p. 150-156).

Para Howard, o processo decisório inicia “com a representação formal do problema, segue com a geração e análise das opções e finaliza com avaliação e aprendizado. Caso seja necessário, o processo é retroalimentado e refinado até que se tenha um cenário favorável para o curso das ações”. Por sua vez, Clemen afirma que tal processo inicia com a identificação e estruturação de valores e objetivos; então, os elementos da decisão devem ser organizados em uma estrutura lógica e, por fim, deve-se refinar e revisar os elementos que o compõem (SANTOS e DACORSO, 2016, p. 451).

Mas não é só a racionalidade do administrador que é limitada: o processo decisório humano como um todo é influenciado por diversos fatores. Na obra “Rápido e devagar: duas formas de pensar”, Daniel Kahneman (2012, p. 29) explora as duas formas diferentes com as quais os seres humanos pensam: o Sistema 1 é intuitivo e opera automática e rapidamente, sem esforço e de forma involuntária; trata-se do sistema responsável por nossas impressões e sensações. De outro lado, o Sistema 2 é capaz de raciocínio e cauteloso, exige esforço mental e concentração, pois trabalha as informações que temos guardadas na memória. Enquanto a memória é um atributo do Sistema 1, o grau de checagem e de buscas deliberadas na memória são funções do Sistema 2 (KAHNEMAN, 2012, p. 61). Enquanto o Sistema 1 é crédulo e propenso a acreditar, ao Sistema 2 cabe duvidar e descrever (KAHNEMAN, 2012, p. 106).

Ao longo da obra, o autor identifica uma série de noções que explicam cientificamente porque algumas respostas surgem em detrimento de outras em determinadas ocasiões. É o caso, por exemplo, das ideias de memória associativa, efeito de *priming* e conexões recíprocas. De forma extremamente resumida, pode-se dizer que todo o primeiro capítulo da obra tem como objetivo demonstrar como as

reações do ser humano (inclusive as mais estranhas) podem ser cientificamente explicadas – por inúmeros outros fatores que não apenas o raciocínio lógico e racional – e porque algumas destas reações podem ser previsíveis.

Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein (2009, p. 19-20) estudam como as decisões humanas são influenciadas por fatores despercebidos – mas que podem ser inseridos conscientemente na equação por terceiros, como forma de ganho nas organizações. Com base nas teorias psicológicas e nos estudos de Kahneman sobre os Sistemas 1 e 2, os autores sustentam que temos um Sistema Automático rápido, intuitivo, inconsciente, sem esforço, associativo e incontrolado; e um Sistema Reflexivo controlado, esforçado, dedutivo, devagar, consciente e que segue regras. Na obra “Nudge”, os autores averiguam estratégias psicológicas de indução, notadamente ao consumo.

Posteriormente, Thaler (2019) dedicou-se ao estudo da economia comportamental, defendendo que a economia precisa observar os fatores e comportamentos humanos ao emitir decisões sobre políticas, prestando atenção a fatores supostamente irrelevantes. Em síntese, Thaler defende adicionar o comportamento e os fatores humanos às teorias econômicas para melhorar a precisão de suas predições.

Dando continuidade aos estudos para explicar o comportamento humano, na obra “A verdade sobre os boatos”, Sunstein (2010, p. 122-123) estuda por quê os seres humanos acreditam em boatos, enfrentando as razões psicológicas que os levam a tanto. O autor defende que o sucesso/fracasso dos boatos se deve às convicções prévias das pessoas, motivações, conhecimento preexistente, fatores emocionais, desejos, e sua transmissão é um resultado de efeitos cascata e polarização de grupo.

A multiplicidade de escolhas e métodos decisórios pelo ser humano é estudado por diversos autores da Administração, do Direito, das Ciências Políticas, entre outros ramos. Para além das diferentes correntes a respeito do processo decisório dentro das organizações, há inúmeros autores focados no estudo da tomada de decisões pelo ser humano em diferentes ramos do conhecimento, podendo-se citar, exemplificativamente: (i) na teoria da escolha pública, Paulo Trigo Pereira e James Buchanan; (ii) no âmbito dos processos estruturais, Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim; (iii) no âmbito organizacional, Herbert A. Simon, Robert Jackall e John Dewey; (iv) no plano econômico, Richard H. Thaler e Cass

Sustein; (v) na teoria da decisão judicial, Ronald Dworkin, H.L.A. Hart e Neil MacCormick; (vi) na psicologia, Daniel Kahnemann; entre vários outros autores em diversos âmbitos.

O que todos esses autores têm em comum é a demonstração de que a subjetividade humana leva a diferentes resultados na tomada de decisão; que a tomada de decisão por um ser humano não se limita à racionalidade e pode ser influenciada por inúmeros outros fatores, muitas vezes despercebidos pelo decisor.

Para que seja possível avaliar de que formas a teoria da racionalidade limitada aplica-se a decisões estruturantes, é necessário aprofundar o tema dos processos estruturais de modo a compreender sua importância, características e particularidades.

2.2 A TOMADA DE DECISÃO ESTRUTURAL

Talvez hoje um dos pontos mais importantes relacionados à teoria da decisão judicial no Brasil seja o conceito de jurisdição. Embora a jurisdição brasileira apresente inúmeros problemas e desafios, sob vários aspectos, e não se limite unicamente aos processos estruturantes, ela está diretamente ligada a estes, na medida em que uma jurisdição efetiva demanda técnicas procedimentais capazes de concretizar os direitos fundamentais que envolve.

As teorias clássicas a respeito da jurisdição não se adequam às concepções atuais do direito. Pensar a atuação judicial apenas como a resolução de lides ou a aplicação da lei, entre outras noções clássicas, é inadequado frente às complexidades e desafios com os quais se depara o juiz.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 286), “o Estado Constitucional existe para promover os fins da pessoa humana – e isto quer dizer que o processo civil no Estado Constitucional existe para dar tutela aos direitos”. Uma vez que a jurisdição se presta a efetivar direitos fundamentais, o papel do processo é possibilitar à jurisdição a proteção e concretização desses direitos, espelhando os valores que fazem do Estado uma democracia (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 439). E para que o processo cumpra esse papel, necessita de um procedimento adequado à tutela dos direitos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 440 e 454):

Portanto, o processo deixou de ser um instrumento voltado à simples atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a tutela dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado Constitucional, além de atribuir significado aos dispositivos constitucionais, legais e caso concreto, tem o dever de compreender a legislação na dimensão dos direitos fundamentais.

Ou seja, o processo não apenas deve, como módulo legal, atender às expectativas do direito material, mas também deve dar ao juiz e às partes o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto.

Logo, quando falamos em processos estruturantes ou estruturais, falamos em um procedimento judicial capaz de efetivar os direitos fundamentais relacionados ao caso concreto. Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 355) assim conceituam a decisão estrutural:

A decisão estrutural (structural injunction) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (structural reform) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.

Para Edilson Vitorelli (2017, p. 372), litígios estruturais “envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada”. Tais litígios apresentam três características: (i) elevada complexidade, com múltiplos polos de interesse e oposições e alianças parciais; (ii) implementação jurisdicional de valores públicos juridicamente relevantes; e (iii) alteração do comportamento institucional, com a reforma de uma instituição pública ou privada (VITORELLI, 2017, p. 371).

Nos processos estruturantes, a concretização dos direitos fundamentais das partes, a efetivação da tutela concedida depende de técnicas diferenciadas. Nestes processos, uma decisão judicial não é suficiente para, por si só, efetivar o direito fundamental da parte: é necessária uma postura judicial mais ativa, por vezes concatenada e estratégica, que pode depender de técnicas procedimentais atípicas para concretizar os direitos em jogo. Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 225) assim define as decisões estruturais ou medidas de caráter estruturante:

Tudo isso somado já nos aproxima do tema das assim chamadas decisões ou medidas de caráter estruturante, na esfera das quais os Tribunais – em se tratando de direitos sociais e prestações – geralmente não deferem pedidos na condição de direitos subjetivos individuais (ou mesmo coletivamente) de modo direto, mas de modo mais ou menos enfático e detalhado apontam determinados caminhos e medidas que devem ser levadas a efeitos pelos atores estatais, seja na esfera legislativa, seja nas esferas de atuação do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

É preciso lembrar, ademais disso, que inexistente um modelo fechado de formatação de decisões do tipo estruturante (as decisões é que impõe determinadas medidas, essa uma das razões de preferirmos o termo decisões!), que podem assumir dimensão mais ou menos complexa conciliando um ou mais provimentos jurisdicionais de natureza distinta.

Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Victor Augusto Passos Villani Côrtes (2014, p. 249), medidas estruturantes podem ser fundamentadas na Lei nº 12.529/2011 e no Recurso Especial nº 1.419.421/GO. Apesar disso, fato é que não há regulamentação específica dessa atuação do juiz na legislação brasileira e acredita-se que nem poderia haver: para efetivar os direitos nesses casos não há como a legislação prever uma fórmula descritiva ou engessar a atuação judicial; é preciso partir de princípios e medidas abertas e cujos limites e aplicação devem ser enfrentados e fundamentados caso a caso, sempre pautando as decisões pela proporcionalidade.

As medidas e ações adotadas em processos estruturais para efetivar tutelas podem estar fundadas em técnicas processuais atípicas, as quais devem ser definidas em face do caso concreto com o qual se depara o juiz. Não há nada de errado com isso e, em verdade, é justamente a abertura dessas técnicas processuais que garantem a efetividade das tutelas nos diferentes casos concretos. A fundamentação quanto à pertinência, legalidade e cabimento da técnica no caso é absolutamente imprescindível – como em qualquer decisão judicial – e legitima todo o procedimento adotado no processo estruturante.

Nesse sentido, Sérgio Cruz Arenhart (2015) destaca que os processos estruturais envolvem não apenas uma nova dimensão e conteúdo do contraditório, mas também um procedimento diferenciado, com a reformulação completa do princípio da adstrição da decisão ao pedido, da limitação da causa de pedir, da dimensão da prova, da amplitude do direito ao recurso e dos limites da coisa julgada. Outras adaptações ou diferenciações procedimentais sugeridas pela doutrina brasileira para dar efetividade a processos estruturais são a revisão da ideia de separação de poderes, a inserção do Judiciário no mérito administrativo e a

atenuação da regra da congruência objetiva externa (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 361).

É claro que essa abertura de possibilidades, a revisão das noções tradicionais dos processos “voltados para o individual” e a consequente insegurança envolvida em decidir casos como estes gera debate. As garantias constitucionais da fundamentação e contraditório assumem especial feição nos processos estruturais. A participação social e o princípio da cooperação também estão diretamente implicados. É que não há como o magistrado, individualmente, pensar, escolher e definir medidas sem antes ouvir as partes e todos aqueles que estão envolvidos ou são afetados pelas decisões. É preciso transparência, ampla comunicação, debate e profunda fundamentação quanto à pertinência, importância, adequação, entre outros aspectos da medida frente ao caso concreto. O juiz não poderá chegar à conclusão a respeito de qual a melhor medida sozinho e sequer terá condições de fazê-lo.

Para decidir sobre o procedimento necessário para a melhor tutela dos direitos envolvidos, o juiz invariavelmente necessitará de informações que estão em posse de terceiros. O juiz pode não ter conhecimento de que um determinado dado é relevante – como, por exemplo, uma limitação orçamentária – e isso demonstra o quanto o contraditório, a cooperação e a participação são imprescindíveis na construção da estratégia e na tomada de decisões em processos estruturais.

Na maior parte das vezes, o juiz não decidirá apenas uma vez: o processo estruturante demandará uma cadeia de decisões sucessivas em diferentes momentos, o que desencadeará um processo gradual de mudança no mundo dos fatos. Cada decisão será cumprida, gerando uma nova situação fática que pode não encerrar a atuação jurisdicional por não conceder a efetiva tutela do direito; diante disso, o juiz se obrigará a pensar e a tomar uma decisão subsequente, com novas consequências e riscos, e assim por diante, até que a tutela do direito envolvido no caso concreto seja concretizada ou que se chegue a uma conclusão a respeito de como as partes envolvidas devem agir futuramente para cumprir a decisão final tomada após uma série de atos.

Como se pode ver, a atuação do juiz pode – e comumente precisará – ser fluída, flexível, participativa (precedida de um imprescindível e amplo debate) e fracionada/segmentada/seccionada em decisões subseqüentes. Nisso, o juiz não se afasta daquilo que faz um gestor: assim como o diretor de uma organização, ouvirá os diferentes departamentos – que, no caso de um processo judicial, seriam as

partes, sociedade, Ministério Público, órgãos públicos envolvidos, especialistas, entre outros – para concluir qual a melhor decisão em face dos objetivos estratégicos da organização – que seria, no processo judicial, a efetivação da tutela.

Juiz e gestor têm algo em comum: precisam decidir – em um mundo relativamente aberto de possibilidades – qual o melhor caminho para atingir um determinado objetivo: no caso do gestor, o objetivo estratégico organizacional e, no caso do juiz, a tutela efetiva dos direitos fundamentais no caso concreto. É nesse contexto que a análise da teoria racional da tomada de decisão pode ser interessante em processos estruturais: o que, no processo decisório de uma organização, poderia auxiliar na compreensão do complexo raciocínio decisório desenvolvido pelo juiz na escolha das melhores medidas para o seu objetivo estratégico?

É claro que o juiz tomará suas decisões com base no Direito, fundamentando-as nas normas, na efetiva tutela dos direitos no caso concreto e em técnicas processuais típicas ou atípicas. Não se quer afastar o juiz do dever de decidir conforme o Direito e muito menos dizer que suas decisões poderiam em tese afastar-se dele. As teorias da decisão judicial e da argumentação jurídica permanecem totalmente aplicáveis a tais decisões e nem por um minuto cogita-se de afastá-las dos processos estruturantes.

O que se quer dizer é que também as teorias da tomada de decisão nas organizações podem ser úteis nesse contexto diferenciado dos processos estruturantes, em que o juiz se depara com processos extremamente complexos e que exigem decisões difíceis. Nesses casos em que o juiz atua de forma muito semelhante a um administrador – principalmente, mas não apenas no controle judicial de políticas públicas – talvez possa haver conexões com o processo decisório em organizações que se revelem úteis para compreendermos os resultados do processo estruturante.

Neste trabalho, nunca se poderia chegar a uma conclusão final e estanque a respeito de como a teoria da racionalidade limitada aplica-se aos processo decisório das decisões estruturantes. Assim, a metodologia adotada será, primeiramente, estudar a teoria racional da decisão para, posteriormente, contrapô-la ao raciocínio judicial em um determinado processo estruturante que será utilizado como modelo, para extrair algumas conclusões a respeito da utilidade dessa teoria para as decisões estruturais.

3 METODOLOGIA

Com relação à metodologia da pesquisa, mostra-se necessário esclarecer o desenho de pesquisa. Primeiramente, esclarece-se que este estudo tem finalidade teórica e aplicada, pois busca ampliar o conhecimento sobre o tema do processo decisório com vistas a obter uma solução para a insegurança gerada pela ausência de regramento específico para os processos estruturais.²

Quanto à natureza, a presente pesquisa é qualitativa porque tem por objeto o estudo teórico de elementos da administração e do direito, entrelaçando-os para identificar possíveis correlações e implicações.

No que concerne aos objetivos da pesquisa, esta pode ser classificada como exploratória, descritiva e explicativa. É exploratória porque busca compreender como a teoria racional do processo decisório nas organizações poderia contribuir para os processos judiciais estruturais. Também é descritiva porque tem por objetivo a descrição e estudo do processo decisório em organizações e do processo judicial estruturante. Por fim, é também explicativa, pois procura identificar se há contribuições de um fenômeno para o outro e, em caso de resposta afirmativa, o porquê disso.

No que toca à temporalidade, trata-se de pesquisa com aproximação longitudinal, na medida em que será necessário fazer uso de diversas modalidades documentais para aferir uma evolução da teoria do processo decisório nas organizações e como essas diferentes percepções ao longo do tempo podem ser utilizadas atualmente pelo juiz.

A estratégia de pesquisa será o levantamento de dados por meio do estudo de documentos secundários, notadamente artigos científicos, teses, dissertações, livros, processos judiciais, entre outros. Por sua vez, a coleta de dados dar-se-á por análise documental.

Após o levantamento de embasamento teórico documental, a Ação Civil Pública nº 0900368-13.2014.8.24.0078 será analisada à luz dessa teoria, para entender de que formas a teoria racional da tomada de decisão pode contribuir para o raciocínio judicial empregado em processos estruturais. No presente caso, optou-se pela Ação Civil Pública nº 0900368-13.2014.8.24.0078 porque se trata de

² Reitera-se o exposto no tópico acima: é justamente a ausência de um regramento específico que possibilita ao juiz a efetiva tutela dos direitos em processos estruturais. Essas técnicas atípicas permitem a concretização dos direitos nesses casos, e é isso que diferencia o processo estrutural.

processo estrutural em momento mais avançado – em fase de recurso de apelação – e no qual já se pode vislumbrar as dificuldades ocasionadas pela sentença. Explica-se.

As figuras do processo estrutural e das medidas estruturais são relativamente novas no Brasil: não faz muito tempo que a doutrina processual brasileira passou a enfrentar a problemática. Assim, ainda que algumas demandas judiciais (notadamente ações coletivas ou ações que envolvem controle jurisdicional de políticas públicas) demandem medidas estruturais para que sejam adequadamente julgadas – com a concessão da tutela capaz de satisfazer o direito – não há muitos casos em que os juízes propriamente adentram o campo da administração. É que, como visto, a quebra do paradigma do Princípio da Demanda e a adoção de ações gerenciais não são pontos comumente vistos e aceitos no Direito. Por isso, demandam fundamentação aprofundada, cooperação das partes, participação de terceiros, e muitas delas tramitam em segredo de justiça. Por esses e por outros motivos, é difícil encontrá-las e, em muitas delas, os juízes mostram-se bastante receosos em adotar medidas estruturais – ainda que necessárias para a satisfação dos direitos.

Sérgio Cruz Arenhart é autor-referência no Direito brasileiro a respeito das ações estruturais e lidera um núcleo de estudos que tem por objeto, dentre outros, o estudo das ações estruturais. Sob a coordenação de Arenhart, o Núcleo de Direito Processual Civil Comparado da Universidade Federal do Paraná³ conta com um vasto banco de dados de processos estruturais brasileiros. A Ação Civil Pública nº 0900368-13.2014.8.24.0078 foi encontrada após pesquisa neste banco de dados e escolhida porque se trata de demanda em fase recursal e na qual, para satisfazer de forma efetiva o direito defendido pelo Ministério Público, caberá ao juiz adotar uma série de medidas estruturais que adentrarão o âmbito gerencial.

A Ação Civil Pública nº 0900368-13.2014.8.24.0078 envolve o direito à segurança e à educação dos alunos, servidores e demais frequentadores da Escola de Educação Básica Caetano Bez Batti, localizada no Município de Urussanga, no Estado de Santa Catarina. Após a apuração dos fatos no Inquérito Civil nº 06.2014.00001595-8, o Ministério Público de Santa Catarina propôs a referida Ação Civil Pública para resguardar os direitos dos envolvidos, pois, em vistoria realizada

³ Disponível em: <<http://www.politicaeprocesso.ufpr.br>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

por engenheiro civil, constatou-se que a escola apresentava problemas estruturais graves e não havia sido reformada nos últimos quinze anos; além disso, a escola não possuía projeto de prevenção contra incêndios aprovado no Corpo de Bombeiros Militar local.

De modo a proteger os direitos fundamentais dos envolvidos e a partir das provas existentes nos autos, a magistrada deferiu a tutela de urgência pleiteada pelo Ministério Público e determinou ao Estado de Santa Catarina que, dentro de um prazo de noventa dias, executasse as obras de reforma da escola, sanando todas as irregularidades apontadas no “Laudo e Vistoria” apresentado pelo Ministério Público e no “Relatório de Indeferimento de Vistoria de Funcionamento” emitido pelo Corpo de Bombeiros Militar, regularizando o sistema de prevenção contra incêndios. A magistrada cominou multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em caso de descumprimento.

Além de recorrer da decisão, o Estado de Santa Catarina apresentou contestação aos pedidos, arguindo em síntese que (i) a escola necessitava apenas de pequenos reparos e não de reforma que suspendesse as atividades; (ii) inexistia urgência nos reparos; (iii) tramitava processo administrativo que contemplava a destinação de recursos para reforma e ampliação da escola; (iv) alguns reparos já haviam sido realizados; (v) o problema relacionado à prevenção de incêndios já fora resolvido; (vi) não havia prova de risco à saúde e à segurança das pessoas que frequentavam o local; (vii) não havia situação excepcional que justificasse a intervenção judicial nos atos de gestão da administração pública; (viii) a aplicação do princípio da separação dos poderes; (ix) a incidência da cláusula da reserva do possível. Posteriormente, o recurso de Agravo de Instrumento do Estado não foi conhecido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em 15 de outubro de 2015, em julgamento antecipado da lide – sem instrução probatória adicional aos documentos que já constavam nos autos –, a magistrada confirmou a decisão que havia concedido a tutela provisória e acolheu os pedidos do Ministério Público, condenando o Estado de Santa Catarina a executar as obras necessárias à reforma da escola descritas no “Laudo e Vistoria” e no “Relatório de Indeferimento de Vistoria de Funcionamento” que acompanharam a petição inicial. O Estado de Santa Catarina interpôs recurso de apelação em face da decisão, o qual foi distribuído para a 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e não foi julgado até a presente data.

A priori, pode parecer que o caso não envolve maiores delongas, já que a magistrada limitou-se a reconhecer a existência de prova do quadro fático trazido pelo Ministério Público na petição inicial e fundamentou o dever do Estado de Santa Catarina de realizar as obras, face aos direitos fundamentais dos envolvidos. Os atos de gestão a serem praticados pelo Estado de Santa Catarina para cumprir a decisão judicial não foram listados de forma específica pela magistrada, que se limitou a fazer menção ao “Laudo e Vistoria” e ao “Relatório de Indeferimento de Vistoria de Funcionamento” que acompanharam a petição inicial. Todavia, um breve relance a tais documentos demonstra o quanto a decisão judicial consistiu em verdadeiro ato de gestão do patrimônio público estadual.

No “Laudo e Vistoria” emitido pelo engenheiro civil, constou a necessidade das seguintes obras: (i) substituição dos beirados de madeira no perímetro de todas as coberturas existentes; (ii) reparos na cobertura do pátio de circulação, no corredor do hall de entrada e na junta de dilatação da laje; (iii) reparar os caibros e fazer tesouras com meia seção na cobertura da secretaria; (iv) averiguar condições das instalações elétricas por meio de parecer técnico de um eletrotécnico.

No “Relatório de Indeferimento de Vistoria de Funcionamento” do Corpo de Bombeiros Militar, reputou-se necessárias as seguintes alterações: instalar iluminação de emergência, extintor PQS e placas de saída de emergência no ginásio de esportes, salas e corredores, pátio coberto, secretaria, sala dos professores, biblioteca, pavimento, cozinha e refeitório; adequar saídas de emergência do ginásio de esportes; instalar corrimão de 0,80m à 0,92m na escadaria do pavimento; instalar ventilação permanente e instalar gás em abrigo próprio e ventilado na cozinha e no refeitório; emissão de laudo de resistência mecânica e RT por profissional responsável.

Apesar da tutela de urgência concedida em 2015, não há notícia nos autos de que as obras tenham sido realizadas pelo Estado de Santa Catarina. Frise-se que a decisão que concedeu a tutela não foi revogada por decisão do Tribunal de Justiça, foi confirmada pela sentença e o recurso de apelação do Estado foi recebido apenas no efeito devolutivo. Além disso, até o momento o relator da Apelação não concedeu eventual efeito suspensivo ao recurso. Sendo assim, o dever de realizar as obras por parte do Estado de Santa Catarina permanece descumprido até a presente data.

Sob o viés da efetivação da tutela jurisdicional e da coercitividade das medidas, ainda há muito a ser feito. Deixando de lado a questão da execução das astreintes fixadas, o que interessa neste estudo – quando se trata das medidas estruturais – é entender como será pensada a efetivação das obras descritas na documentação mencionada em sentença em caso de inércia do poder público. Que atos poderá ou deverá adotar o juiz para efetivar os relatórios do engenheiro civil e do corpo de bombeiros? É neste ponto que o juiz irá se deparar com os atos de gestão que um processo estrutural pode demandar. E a questão central é: como raciocinará nessa tomada de decisão?

A preocupação neste trabalho não é com quais atos o juiz determinará para satisfazer o direito dos envolvidos, mas com quais raciocínios empregará durante a sua escolha. O ponto é entender o processo de tomada de decisão do juiz e que tipos de raciocínio e vieses esse processo decisório envolve. O próximo passo então é averiguar a aplicabilidade e de que formas a teoria da racionalidade limitada pode colaborar para que se entenda o raciocínio empregado em decisões estruturais.

4 APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

Como vimos, a teoria da racionalidade limitada, há muito tempo, já aborda a forma como a tomada de decisão pelo administrador não é puramente racional. Na obra “*Administrative Behavior*”, Herbert A. Simon explica como o administrador muitas vezes não é racional ao decidir, como os seus interesses podem não coincidir com os interesses da organização e como fatores psicológicos também afetam os processos decisórios organizacionais.

Embora a decisão seja tomada de forma consciente e deliberada, muitos aspectos que estão por trás da decisão podem ser desconhecidos: a decisão pode ser justificada, mas o verdadeiro motivo pelo qual foi tomada não é aparente. Simon (2013, p. 89) afirma que há procedimentos e rotinas para elevar a racionalidade das decisões, mas que mesmo esses procedimentos precisam ser constantemente revisitados.

O autor explica que não há oposição intrínseca entre emoção e razão: a emoção é a principal fonte de motivação e impulsiona o ser humano em seus objetivos. A emoção não é inimiga da razão, pois uma fonte motivacional muito forte é necessária para que o ser humano mantenha a razão para alcançar seus

objetivos. É verdade que a emoção pode fazer com que o sujeito foque em um objetivo específico e por vezes transitório. Por isso, é preciso estar atento a suas avaliações para concentrar-se em resolver problemas complexos e situações difíceis (KAHNEMAN, 2012, p. 91).

Assim como o administrador, os juízes também passam por essas mesmas dificuldades no processo decisório jurisdicional. Para facilitar a visualização, é interessante relacionar algumas ideias de Daniel Kahneman com a atividade jurisdicional:

(i) Juízes cansados e com fome tendem a negar pedidos de liberdade condicional porque decidir exige esforço cognitivo e esse cansaço ocasiona esgotamento do ego, o que pode ser anulado com ingestão de glicose (KAHNEMAN, 2012, p. 54-58);

(ii) O Sistema 2 é preguiçoso e há uma tendência a decidir automaticamente com base no Sistema 1, que é mais rápido. Se o juiz não está concentrado e decide com base no Sistema 1, tenderá a escolher a conclusão primeiro e, a partir dela, apresentar os argumentos que justificam essa escolha (KAHNEMAN, 2012, p. 60);

(iii) A ideia de conforto cognitivo explica “porque qualquer coisa que torne mais fácil para a máquina associativa funcionar com suavidade também vai predispor crenças”. Uma mensagem simples, mas memorável, é mais fácil de ser aceita como verdadeira do que uma mensagem complexa. A tensão cognitiva mobiliza o Sistema 2, gerando a probabilidade de rejeição das respostas intuitivas (KAHNEMAN, 2012, p. 82-86). Logo, há mais chances de o juiz acreditar que uma ideia redigida de forma simples e memorável é verdadeira do que se for redigida de modo complexo, pois nessa segunda hipótese, a ideia acionará o seu Sistema 2;

(iv) O humor afeta o processo decisório: bom humor, intuição, criatividade, credulidade e confiança acionam o Sistema 1, enquanto desconforto, infelicidade, tristeza, vigilância e esforço nos afastam do Sistema 1. Isso explica porque sensações boas levam a intuições de coerência e porque, quando estão de bom humor, as pessoas ficam mais intuitivas e propensas a cometer erros lógicos (KAHNEMAN, 2012, p. 90-91);

(v) O ser humano tem uma tendência natural a tirar conclusões precipitadas porque o Sistema 2 é preguiçoso. O efeito halo é a tendência de gostar (ou desgostar) de tudo que diz respeito a uma pessoa. Ele aumenta o peso das

primeiras impressões, de modo que a sequência das informações importa (KAHNEMAN, 2012, p. 107-108). Disto pode-se extrair que, as primeiras informações levadas ao juiz são muito mais importantes do que as últimas, pois influenciarão a forma como ele verá as demais;

(vi) O ser humano tem opiniões intuitivas sobre questões complexas e responde perguntas que não compreende completamente, apoiando-se em evidências que não consegue explicar ou entender, por causa do fenômeno da substituição: substituímos perguntas complexas (pergunta-alvo) por perguntas mais simples (pergunta heurística) e para as quais já temos a resposta (KAHNEMAN, 2012, p. 126-128). É preciso que ativemos o Sistema 2 para não substituímos perguntas.

(vii) Dentre as heurísticas, há a heurística do afeto: as pessoas deixam suas simpatias/antipatias determinarem suas crenças (KAHNEMAN, 2012, p. 133). Um exemplo bastante simples: o juiz que simpatiza com animais e possui dez cachorros tende a abominar ilícitos perpetrados contra os animais. O *quantum* indenizatório que arbitra pelo dano moral ocasionado pela morte de um cachorro tende a ser maior do que aquele arbitrado por um juiz que não gosta de cachorros – que poderia inclusive compreender que a morte de um animal não gera danos morais.

Kahneman traz inúmeras outras ideias que poderiam ser exploradas no âmbito do raciocínio jurisdicional, as quais não serão exploradas aqui devido ao curto espaço. O autor dedica o segundo capítulo de sua obra para tratar de heurísticas e vieses – a lei dos pequenos números, a ancoragem, a ciência da disponibilidade, entre outros – para demonstrar que o raciocínio humano é permeado por mais do que a racionalidade.

Um jurista poderia pensar em todas as situações listadas acima como tabu, sob o argumento de que a fundamentação das decisões judiciais deve afastar qualquer raciocínio do gênero ou os efeitos do Sistema 1. A fundamentação jurídica é imprescindível para a validade das decisões judiciais, como exige o artigo 93, IX, da Constituição Federal; os limites, elementos e requisitos dessa fundamentação vêm há muito sendo explorados pelo Direito⁴ e não são objeto deste estudo. A

⁴ Sobre o tema, ver LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes**. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

fundamentação das decisões, além de imprescindível para a validade destas, é também um diferencial no que concerne à troca entre os Sistemas 1 e 2.

Para evitar que o Sistema 1 tome conta do processo decisório, Kahneman explica (2012, p. 522): “o modo de bloquear erros originados no Sistema 1 é simples, em princípio: procure reconhecer os sinais de que você está pisando em um campo minado cognitivo, reduza a velocidade e peça apoio do Sistema 2”.

Tendo em vista que o esforço realizado pelo juiz para a fundamentação jurídica de uma decisão exige que ative o Sistema 2, as chances de que atue pelo Sistema 1 e incorra nas situações supracitadas é menor, mas não impossível. É preciso (querer) estar vigilante. Como vimos, os raciocínios de Kahneman explicam porque alguns fatores – como tristeza, fome, cansaço, desconhecimento, simpatia, criatividade e outros inúmeros fatores – muitas vezes incontrolláveis podem afetar a cognição judicial sem que o juiz perceba.

No Direito e na teoria da decisão judicial, há muito se estuda as noções de imparcialidade e de neutralidade.⁵ Enquanto a imparcialidade do juiz – não tomar partidos – é uma garantia fundamental dos jurisdicionados, um requisito para o exercício da função jurisdicional, a neutralidade do juiz é uma utopia já refutada pelos processualistas.

Reconhecer que o juiz não é neutro, mas um ser humano permeado de subjetividades, histórias, crenças, intuições, preferências políticas, traumas, estados de espírito, entre outros, é um avanço necessário na teoria da decisão judicial. A ideia de que juízes são máquinas capazes de raciocinar de forma idêntica e chegar sempre às mesmas respostas desconsidera a teoria da racionalidade limitada e todas as demais teorias ligadas ao processo decisório estudadas na psicologia, na economia e em vários outros ramos do conhecimento.

Nesse sentido, na obra “How Judges Think”, Richard Posner (2010, p. 369-370) dedica-se a demonstrar como os juízes norte-americanos são influenciados por elementos políticos em suas decisões, ainda que não admitam. O autor afirma que o ato de julgar é político e também pessoal, pois os atributos pessoais dos juízes influenciam direta e indiretamente o julgamento. Em mesmo sentido, Dalmo de

⁵ Sobre o tema, ver COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPODIVM, 2018.

Abreu Dallari (2002, p. 89) também defende que os juízes não possuem uma ideologia política neutra.

Uma vez que se aceita que o processo decisório é complexo e permeado por ideias que não se limitam ao raciocínio puramente lógico, entende-se porque pessoas (juízes) diferentes podem dar respostas (sentenças) absolutamente desiguais a perguntas (pedidos) idênticas. O Direito admite a ausência de neutralidade, desde que haja imparcialidade, fundamentação e respeito às normas. Dentro do discurso jurídico, respeitadas as regras do jogo – a Constituição Federal – há muito a ser explorado. E isso se aplica principalmente aos processos estruturais.

Processos estruturais que envolvam a efetivação dos direitos à saúde, à moradia, à preservação do meio ambiente, à educação, entre outros, exigirão medidas estruturais que são inegavelmente subjetivas. O processo é construído continuamente por meio de negociações e debate. Embora o pressuposto é de que a administração pública está pautada por uma noção de legalidade estrita – ao administrador público só é lícito fazer o que a lei determina – e essa ideia possa ser eventualmente repassada ao juiz quando assume essa função pública atípica nos processos estruturais, fato é que à administração pública, ao administrador privado e ao juiz surgem inúmeras ideias diferentes sobre como efetivar uma ação, diversos caminhos para se chegar ao mesmo objetivo. Nesse sentido, explica Gustavo Osna (2017, p. 184):

Primeiramente, ao contrário do que costuma ocorrer na resolução de disputas, a intervenção jurisdicional passaria a ser necessariamente continuada; o provimento não se encerraria de pronto, exigindo constantemente fiscalização e ajuste. Em outras palavras, a execução da sentença poderia assumir uma composição institucional, sendo periodicamente monitorada e revista conforme as circunstâncias do caso. Da mesma forma, esse tipo de situação também faria com que a atuação do Judiciário passasse por uma maior abertura dialógica – possuindo propensão à obtenção de consensos. A questão, aqui, se dá pela própria complexidade da tutela esperada: tratando-se de aspectos com impacto social elevado, relacionando-se com diferentes valores coletivos, seria razoável que os próprios envolvidos contribuíssem para a formação do provimento e para o seu contínuo aprimoramento. Mais do que uma imposição unilateral, o processo se tornaria palco de negociações e de debates prospectivos, procurando uma regulação razoável.

O direito em pauta pode ser certo: o direito à saúde. Mas como – de que formas garanti-lo efetivamente em determinada situação – pode não sê-lo. E não se está aqui falando em pedido incerto ou indeterminado. No curso da execução, não

se sabe o que será preciso para tutelar devidamente o direito. Uma vez reconhecido o direito, a jurisdição impõe tutelá-lo. A questão é como tutelá-lo em situações fáticas que podem se alterar no curso do processo ou quando envolve um direito coletivo cuja tutela efetiva é complexa e exige decisões difíceis.

A partir das ideias de Peter Margulies e Daniel Kahneman, Edilton Vitorelli (2017, p. 384-385) explora as heurísticas existentes na tomada de decisão em processos estruturais, relacionando as heurísticas da disponibilidade, da representatividade e da ancoragem-ajustamento com as decisões judiciais. O autor critica a ausência de estudos no Brasil a respeito dos processos mentais de tomada de decisão na área jurídica e afirma que, no processo coletivo estrutural, a situação é ainda mais complexa, pois o juiz “projeta para o futuro sua própria visão de como a instituição destinatária da ordem deve se organizar e se comportar”, de modo que “está mais exposto à contaminação de seus processos heurísticos por vieses cognitivos”.

Para Vitorelli (2017, p. 385-390), as heurísticas nos processos estruturais se apresentam nas seguintes formas: (i) heurística da disponibilidade: as partes tendem a apresentar e o juiz tende a acolher pretensões sustentadas em histórias dramáticas; (ii) heurística da representatividade: os juízes identificam falsas relações de causalidade e normalmente pensam que o estabelecimento de uma reforma estrutural que propicie um ambiente mais humanizado é um ganho social; (iii) heurística da ancoragem-ajustamento: como a tomada de decisões estruturais e complexas não é uma atividade simples, os juízes costumam resistir a elas e permanecerem fiéis ao modelo tradicional de decisão, privilegiando decisões “a conta-gotas”.

Em 2014, quando a Ação Civil Pública nº 0900368-13.2014.8.24.0078 foi proposta para garantir os direitos fundamentais à segurança e à educação, o Ministério Público necessitava que o Estado de Santa Catarina executasse as obras descritas nos dois documentos que foram citados pelo juiz em sentença: o “Laudo e Vistoria” do engenheiro civil e o “Relatório de Indeferimento de Vistoria de Funcionamento” do corpo de bombeiros, elaborados naquela época.

Passaram-se mais de cinco anos desde a propositura da ação sem que qualquer reforma fosse realizada pelo Estado. Atualmente, certamente pode haver outras obras de manutenção e preservação que tanto o engenheiro civil quanto o corpo de bombeiros reputarão necessárias e imprescindíveis para resguardar a

segurança dos frequentadores da escola, dado o lapso temporal transcorrido. Imagine-se que, no curso da execução, descubra-se que o forro das salas de aula também deteriorou no curso da demanda e há risco de desabamento.

Os diferenciais propostos pelo processo estrutural e pelo novo conceito de jurisdição impõem perceber que o princípio da demanda não pode servir para limitar as obras imprescindíveis à garantia dos direitos à educação e segurança reconhecidos nessa sentença. A impossibilidade de aditamento do pedido após o saneamento do processo ou mesmo a coisa julgada que incida sobre a sentença futuramente são argumentos que podem ser utilizados para fazer com que o Estado de Santa Catarina, durante o curso da execução, não troque o forro que deteriorou no transcorrer da demanda, colocando em risco a vida das 700 (setecentas) crianças que frequentam a escola.

Neste exato momento, um elemento emocional ou afetivo foi inserido na equação: a vida de várias crianças. Kahneman logrou êxito em demonstrar como a heurística do afeto – dentre inúmeras outras heurísticas e vieses explorados em sua obra – pode afetar o curso das decisões humanas.

A partir desta heurística, pode-se argumentar de uma forma juridicamente válida – fundamentando de modo racional a decisão – que, nos processos estruturais, o princípio da demanda pode ser relativizado e não se sobrepõe ao conceito atual de jurisdição (tutela efetiva dos direitos); que a tutela efetiva do direito à segurança neste caso impõe atos de gestão ao juiz, de modo que, comprovada a imprescindibilidade da troca do forro, não trocá-lo é deixar de tutelar um direito fundamental que já foi reconhecido em sentença; que colocar a vida de setecentas crianças em risco neste caso viola o princípio da proporcionalidade; que a tutela desse direito coletivo envolve particularidades cujos resultados podem se mostrar desastrosos, podendo gerar inclusive uma futura responsabilidade estatal bastante numerosa.

De outro lado, também é possível fundamentar de forma juridicamente válida uma decisão no sentido de que a troca de forro não foi objeto da demanda; que não há previsão legal para relativização do princípio da demanda; que tal pleito deveria ser objeto de ação própria; que cabe ao Ministério Público tutelar os direitos e propor nova ação nesse sentido com tutela antecedente; que isso consiste em aditamento do pedido e isso é impossível após o saneamento do processo; que não houve

ampla defesa em processo de conhecimento neste ponto; entre outros vários argumentos jurídicos aceitáveis.

A questão neste estudo não é identificar a decisão juridicamente mais correta para o caso. É entender que, independentemente da possibilidade ou não de sustentação jurídica dos argumentos, da correção da fundamentação das decisões judiciais, fato é que o processo decisório judicial é permeado por outras coisas que não apenas os argumentos lógico-jurídicos – quer o juiz queira, perceba e admita, quer não.

No caso hipotético supramencionado – deterioração do forro da escola durante a tramitação da Ação Civil Pública nº 0900368-13.2014.8.24.0078 – soluções lógico-jurídicas diametralmente opostas podem ser escolhidas e fundamentadas. Nessas decisões difíceis – que normalmente existem em processos coletivos e/ou que demandam medidas estruturais – a racionalidade do juiz é limitada. Nem mesmo a fundamentação da decisão judicial é capaz de impossibilitar por completo que outros fatores perpassem e adentrem o raciocínio judicial. O juiz decide guiado por mais do que a racionalidade ou o Direito: ele também é influenciado por outros fatores que podem nunca ficar claros para a maioria dos observadores, inclusive para ele próprio.⁶

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É um engano pensar que apenas a teoria do direito é capaz de fornecer subsídios para a tomada de decisão em processos estruturais. Há dificuldades e problemas em qualquer atividade decisória, seja ela no âmbito judicial, administrativo, familiar, organizacional, entre outros. Como decidir da melhor forma possível é um enigma e um desafio em qualquer ramo e contexto, as teorias a respeito do processo decisório existem em inúmeros ramos do conhecimento. E as soluções, contribuições e estudos de todos esses ramos podem ser úteis para a compreensão de qualquer processo decisório.

⁶ “A voz da razão talvez seja muito mais fraca do que a voz em alto e bom som de uma intuição equivocada, e questionar suas intuições é desagradável quando você enfrenta o estresse de uma decisão importante. Mais dúvida é a última coisa que você quer quando está com problemas. A conclusão é que é muito mais fácil identificar um campo minado quando você observa os outros andando por ele do que quando é você que faz isso.” (KAHNEMAN, 2012, p. 522).

Especificamente no que concerne à tomada de decisão em processos estruturais, acredita-se que normalmente envolve decisões difíceis em razão da adoção incomum de atos gerenciais pelo juiz, da incursão na função atípica de gerir (que via de regra pertence ao Poder Executivo) e da delicadeza e importância dos direitos fundamentais em jogo. Ademais, ainda é preciso desenvolver no Brasil uma cultura de julgamento pela efetividade da tutela, reconhecendo a mudança do conceito de jurisdição.

A teoria da racionalidade limitada é muito útil neste ponto: muito embora o juiz decida com base em argumentos racionais e fundamente sua decisão de um modo juridicamente aceitável – devidamente embasado nas normas – fato é que essa decisão não se limita à racionalidade e ao Direito. Por trás dela, há heurísticas, vieses, fatores psicológicos, econômicos, entre outros, que influenciam o processo decisório e que podem ser imperceptíveis para o juiz e para os demais observadores, mas que nem por isso contaminam a existência, validade e eficácia da decisão judicial. De todo modo, após identificados, tais fatores podem auxiliar a compreender por quê o processo decisório tomou determinado rumo em detrimento de outro, ou mesmo torná-lo previsível futuramente.

Com relação à Ação Civil Pública nº 0900368-13.2014.8.24.0078, a sentença e eventual decisão futura no caso hipotético da deterioração do forro das salas de aula podem ser fundamentadas juridicamente de modo diametralmente oposto em favor ou contra o Estado de Santa Catarina. A sentença poderia ser de improcedência e ainda poderia ter sido pautada em argumentos jurídicos válidos. Os fatores que levaram e que levariam a magistrada a decidir de um ou de outro modo são um mistério, mas nem por isso não existem. A teoria da racionalidade limitada é útil, notadamente no resultado hipotético imaginado, por permitir perceber que o juiz que fundamenta a decisão de acordo com o Direito pode fazê-lo como uma reação a outros fatores, e nem por isso essa decisão necessariamente deixará de ser válida.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão. **Revista de Processo Comparado - RPC**, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

_____. **Reflexões sobre o princípio da demanda**. Disponível em: <goo.gl/b6DCVs>. Acesso em: 30 jan. 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural approach’: some bases of contemporary civil litigation. **International Journal of Procedural Law**, volume 4, 2014/02. Disponível em: <goo.gl/h7oKPp>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BENAKOUCHE, Rabah. Processo decisório, objetivos das organizações e interesses do staff: elementos teóricos de um enfoque incremental. **Revista de Ciências da Administração**, v. 12, n. 28, p. 145-168, set.-dez., 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”; nem “nada”: decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Volume XIII, 2014.

RAMOS, Simone Cristina. **Macro cognição no processo decisório de empreendedores experts**. 2015. 230 f. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal do Paraná, 2015.

RIBEIRO, Ivano. Implicações da obra de March e Simon para as teorias das organizações e tomada de decisão. **Revista Ibero-Americana de Estratégia – RIAE**, v. 14, n. 4, out.-/dez. 2015, p. 150-159.

SANTOS, Marcos Rabelo; DACORSO, Antônio Luiz Rocha. Intuição e racionalidade: um estudo sobre a tomada de decisão estratégica em empresas de pequeno porte. **Rev. Adm. UFSM**, Santa Maria, v. 9, n. 3, p. 448-463, jul.-set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SIMON, Herbert A. **Administrative Behavior**: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4 ed. New York: The Free Press, 2013.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez, 2006, p. 20-45.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: improving decisions about health, wealth and happiness. London: Penguin Books, 2009.

THALER, Richard. H. **Misbehaving**: a construção da economia comportamental. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

YU, Abraham Sin Oih; SOUSA, Willy Hoppe de. Planejando a tomada de decisões: a abordagem das meta-decisões. **XXXVI Encontro da ANPAD**, Rio de Janeiro/RJ, set/2012.